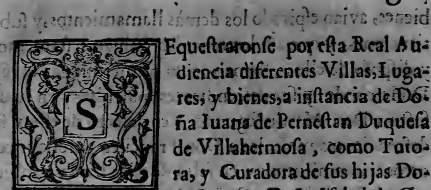
IESVS, MARIA, IOSEPH.





POR
EL SEÑOR MARQVES
DE CABREGA.

SOBRE EL INCIDENTE de la repoſicion que ſuplica, en el Proceſſo Domnæ Ioannæ de Perneſtan.

1 
Equestraronse por esta Real Audiencia diferentes Villas, Lugares, y bienes, a instancia de Doña Iuana de Pernestan Duquesa de Villahermosa, como Tutora, y Curadora de sus hijas Doña Iuana, y Doña Isabel de Gurrea, y Aragon; aviendo alegado que el Duque Don Fernando su padre posseia estos bienes al tiempo de su muerte, y que no aviendo hecho testamento eran sucessoras legitimas.

2 Opusieronse entre otros Doña Maria de Gurrea, y Aragon, hija de Don Hernando, y Don Francisco de Gurrea, y Aragon su tio, hermano de Don Hernando, pretendiendo el dominio; y para la inclusion de ambos, se ha de presuponer. Que Don Alonso de Aragon del matrimonio con Doña Isabel de Cardona, tuvo en hija a Doña Aldonça de Aragon; la qual casò con Don Ramon de Castro, Vizconde de Evol; en cuyos Capitulos matrimoniales se pactaron diferentes substituciones, y llamamientos, segun se lee en la clausula que copia el Señor Don Luis de Casanate al principio del *cons*.45.

3 Casò segunda vez Don Alonso con Doña Ana Sarmiento, y tuvo en hijo a Don Martin de Gurrea, y Aragon, Duque de Villahermosa, el qual sucediò por los pactos de la Capitulacion matrimonial de Doña Aldonça, y el Vizconde de Evol.

4 Pareciendole al Duque Don Martin, que con averse introducido en la sucession, y possession de los bie-

bienes, avian eſpirado los demàs llamamientos, y ſubſtituciones; y que aſſi los tenia libres, hizo teſtamento, y diſpuſo de ellos, llamando en primero lugar ſu hijo D. Hernando, y ſus deſcendientes maſculos; y en ſu defecto a Don Martin ſegundo, y en defecto de eſte, y ſus deſcendientes maſculos a Don Franciſco; proſigue con otros llamamientos; y en falta de ellos llama tambien a los deſcendientes de Doña Aldonça ſu hermana.

5 Muerto el Duque D. Martin, ſucediò ſin diſputa alguna ſu hijo primogenito D. Hernando; por cuya muerte vacò la ſucesſion, y ſe litigò entre D. Franciſco de Gurrea, y ſu ſobrina Doña Maria.

6 Doña Maria fundava ſu incluſion en los capitulos matrimoniales de Doña Aldonça, y el Vizconde de Evol, diziendo ſe avia diſpueſto en ellos mayorazgo; y que por ſer regular devia ſuceder, como hija del vltimo poſſeedor.

7 Don Franciſco alegava, que en la Capitulacion matrimonial no avia diſpoſicion de mayorazgo, aviendo ſucedido Don Martin, por depender todos los llamamientos del ſuyo, por ſer la ſubſtitucion vulgar; y que aſſi devia ſuceder por el teſtamento del Duque D. Martin, en donde eſtava llamado por ſu nombre; y que aunque ſe concedieſſe, ſe avia formado mayorazgo en la Capitulacion, ſe hallavan en èl llamados los varones, con prelacion a las hembras aunque fueſſen mas proximas, cuya diſputa diò materia a nueſtro inſigne Aragones el ſeñor Don Luis de Caſanate para dexarnos los *conſ.* 45. y ſiguientes hasta el 53.

8 Admitiò eſta Real Audiencia la peticiō, ò propoſicion de Don Franciſco, adjudicandole la poſſeſſion

de

de lite pendente, ò tenuta, en conformidad de votos, aunque con diferencia de motivos; pues algunos entendieron, que los llamamientos de los capitulos matrimoniales, con que se incluìa Doña Maria, avian faltado, por aver sucedido el Duque Don Martin, de cuya deficiencia, ò noluntad dependian, por ser vulgar la substitucion; y otro entendiò, que en los capitulos matrimoniales del Vizcõde de Evol se avia formado mayorazgo entre los descendientes de Don Martin; pero que en èl tenian prelacion los varones mas remotos à las hembras mas proximas, por ser de calidad; como resulta de los motivos que copia el señor Don Luis de Casanate al fin del *cons.47.*

9 Muerto Don Francisco, cõpareciò en esta Real Audiencia Procurador de Don Fernando de Borja; hijo de Doña Maria, que avia litigado con Don Francisco, y de Doña Luisa de Aragon, hija del mismo D. Francisco, casada con dicho Don Fernando; y en el primero memorial, ò peticion, en 13. de Octubre de 1649. *A demostrar, que los dichos sus Principales han de ser repuestos en los drechos, instancias, y acciones, en que estava en el presente processo, y causa, al tiempo de su muerte, el Ilustrissimo Señor Don Francisco de Aragon, Conde de Luna*; se alegò, lo primero: Que aviendose aprehendido estos bienes, y dado proposicion Don Francisco, se le admitiò, y fue puesto en possession, &c.

10 Lo segundo: Que Don Francisco tuvo en hijas à Doña Luisa de Aragon, y à Doña Antonia, Monja professa, &c.

11 Lo tercero: *Que el dicho Excelentissimo Se-*

ñor D. Francisco de Gurrea y Aragon, previniendo al dia de su fin, y muerte, & seu aliàs, hizo, y ordenò su vltimo testamento, vltima voluntad, ordinacion, y disposicion de todos sus bienes, assi muebles, como sitios, derechos, instancias, y acciones, y de todos ellos dexò, è instituyò en, y por su herdera vniversal à la dicha Excelentissima Señora Doña Luisa de Alagon su muger, como en dicho testamento parece.

12 Lo quarto: Que Don Francisco muriò sin revocar este testamento.

13 Lo quinto: *Que la dicha Excelentissima Señora Doña Luisa de Alagon, previniendo al dia de su fin, y muerte, & seu aliàs, hizo, y ordenò su vltimo testamento, vltima voluntad, ordinacion, y disposicion de todos sus bienes, assi muebles, como sitios, derechos, instancias, y acciones, y de todos ellos dexò, è instituyò en, y por su heredera vniversal à la dicha Excelentissima Señora Doña Luisa de Gurrea y Aragon, principal de dichos Procuradores, como por dicho testamento parece.*

14 Lo sexto: Que sin revocar este testamento muriò la Señora Doña Luisa de Alagon, sobreviviendole su hija Doña Luisa de Aragon, &c.

15 Lo septimo: Que entre Doña Luisa de Gurrea y Aragon, y Don Fernando de Gurrea y Aragon, fuè contraìdo matrimonio, &c.

16 Y concluye: *Qui informando fecit fidem de quodam instrumento publico testamenti D. Francisci de Gurrea, & ab Aragonia. Item de alio instrumento publico testamenti Domna Ludovica de*

Alagon, originaliter in suis primis figuris sub hoc † signo supplicat inseri; & fuit mandatum acceptatum per dictum Procuratorē. Quo supplicante dictus Dominus Assessor habuit pro notorijs mortes, matrimonia, & afiliationes Nobilium Personarum in dicto memoriali mentionatas. Et dictus Procurator, cum constet, &c. S. fieri dictam repositionem modis, & formis supplicatis, & sic omni meliori modo, &c.

17 Presentòse segundo memorial en 21. de Iunio delaño 1650. por los Procuradores de los mismos D. Fernando, y Doña Luisa; y aunque en èl se incluyen desde el Duque Don Martin; pero en el artic.14. tambien se haze alegato formal del testamento de D.Francisco, en que dexò heredera à su muger Doña Luisa de Alagon; y en el 18. del testamento de Doña Luisa, en que dexò, como se ha dicho, heredera à Doña Luisa de Aragon su hija.

18 En el 19. *Que aviendo pleytos, y diferencias entre los dichos Excelentissimos Señores Duques de Villahermosa, y el dicho Egregio Conde de Guimerà, las comprometieron, y dexaron en poder, arbitrio, y final determinaciō de los Excelentissimos Señores Duques de Yxar, y Marquesa de Almonecil, para q̃ las decidiessen, y determinassen: los quales dentro el tiempo del compromis dieron su arbitral sentencia, en, y por la qual, para durante la vida del dicho Conde de Guimerà, le adjudicaron al dicho Conde la Baronia de Grañen, y otros bienes de aquel contorno; y à los dichos Duques les adjudicaron todos los demàs bienes, y derechos en este processo aprehensos: y para fenecida la vida de dicho Conde de Guimerà*

sin

ſin hijos, ni deſcendientes legitimos, adjudicaron à dichos Duques la dicha Baronia de Grañen, y todos los demàs bienes, y drechos en eſte proceſſo aprehẽſos.

19 Y concluye el memorial: *Otroſi dixo, que de lo arriba dicho, & aliàs, llanamente ſe infiere, que los dichos principales de dichos Procuradores han, y deven ſer repueſtos en el preſente Proceſſo, y cauſa, en los dichos derechos, inſtancias, y acciones, como de parte de arriba eſtà dicho, por ſer, como ſon aquellos las perſonas, en quienes tan ſolamente concurren las calidades, y requiſitos neceſſarios conforme al tenor del teſtamento de dicho Duque D. Martin de Gurrea, y Aragon, Duque de Villahermoſa, y Conde de Ribagorza: Y TAMBIEN por ſer herederos, y ſuceſſores de dicho Excelentiſsimo Señor Duque D. Franciſco de Gurrea y Aragon, que obtuvo, y ganò ſentencia en el preſente proceſſo, y cauſa, y aſsi es verdad, &c.*

20 En 16. de Iulio de 1650. Procurador de los Duques Don Fernando, y Doña Luiſa, hizo eſte conſentimiento: *Die decimo ſexto menſis Iulij anni Domini* 1650. *coram D. D. D. Michaele Marta R. comparuit Ioannes Michael de Otto, Procurator prædictus. El qual en dicho nombre reſpectivamente, à ſaber es, en nombre de dicho Duque, conſintiò, que la dicha Señora Duqueſa ſea repueſta; y tambien en nõbre de dicha Señora Duqueſa conſintiò, que dicho Señor Duque ſea repueſto, y que entrambos ſean repueſtos, como eſtà pidido, y ſuplicado de parte de arriba.*

21 Repuſoſe à eſtos Señores, como lo pedian, en

esta forma: *D.L.G. Att.cont. Pronuntiat, & reponit Ill. D. Ferdinandum de Gurrea & ab Aragonia, & Domnam Ludovicam de Gurrea, & ab Aragonia, coniuges, Duces Villaformosæ, & Comites de Luna, principales Ioannis Michaelis de Otto, Proc. in loco iuribus, instantijs, & actionibus, in quibus erat in præsenti processu, & causa, Illustris D. Frãciscus de Gurrea & ab Aragonia, tempore eius mortis, cætera supplicata, &c.*

22 Muertos los Duques Don Fernando, y Doña Luisa, pidiò reposicion el Duque Don Carlos en 3. de Agosto de 1665. alegando lo primero: Que D. Francisco de Gurrea ganò sentencia con el testamento del Duque Don Martin. Lo segundo: Que sus Padres D. Fernando, y Doña Luisa fueron repuestos. Lo tercero: Que entre sus Padres, con legitima dispensacion, fue contraìdo matrimonio. Lo quarto: Que Doña Luisa de Aragon dexò heredero al dicho Duque Don Carlos. Lo quinto: La muerte de dicha Doña Luisa, sin revocar el testamento. Lo sexto: Que Don Manuel, hermano mayor de Don Carlos, muriò sin dexar hijos, ni descendientes legitimos. Lo septimo: *Que para el matrimonio que se avia de contraer entre los Excelentissimos Señores el dicho Don Carlos de Gurrea y Aragon, y Doña Maria Enriquez de Guzman, se hizieron, y acordaron capitulos matrimoniales, y en ellos el dicho Señor Don Carlos llevò, y el dicho Excelentissimo Señor Duque de Villahermosa su Padre, en quanto fuesse necessario, le diò, y mandò, è hizo donacion, propter nuptias, del dicho Condado de Luna, Villas, Lugares, bienes, jurisdiciones, y de-*

techos aprehensos en este processo, y otros para despues de sus dias; y consintiò, que despues de ellos, y no antes, pudiera reponerse en qualesquiere processos, en q̃ huviere dado, ò diere el dicho Duque proposicion, ò huviere sido, ò fuere repuesto, ò pudiere reponerse, &c. Lo octavo: El matrimonio del Duque D. Carlos con Doña Maria. Lo nono: La muerte de Don Fernando, sin otros hijos, ni descendientes. Lo dezimo: *Que cessa ser verdad, que aya hijo, ni descendiente alguno varon legitimo de el dicho Excelentissimo Señor Don Martin de Gurrea y Aragon, vinculante, ni del dicho Señor D. Francisco de Gurrea y Aragon su hijo, que ganò sentencia en este processo, sino tan solamente el dicho principal de dichos Procuradores, &c.*

23 Pidiò al mismo tiempo reposicion la Duquesa Doña Maria de Silva, con quien segunda vez avia casado el Duque Don Fernando, con el derecho de su viudedad, diziendo: que le pertenecia, por averse pactado en la capitulacion matrimonial, y aumentado en el testamento, y por averse repuesto el Duque su marido en este processo, y pertenecidole los bienes aprehensos en èl, con derecho de dominio.

24 Opusole el Duque Don Carlos, que no era parte, ni devia ser oìda, porque los bienes le pertenecian por su capitulacion matrimonial, y testamento de su madre Doña Luisa, la qual lo dexò heredero, y que el Duque D. Fernando no avia tenido los bienes con derecho de dominio.

25 Declaròsele parte à la Duquesa Doña Maria de Silva; pero pendiente el incidente de su reposicion, se repuso al Duque Don Carlos en esta forma:

D.L.G. att. cont. &c. De consilio pronuntiat, copiam pro parte Illustris Domnæ Mariæ de Silva & Mendoza, Ducissæ Villaformosæ, locum non habere. Et cũ his, salvo, & reservato iure super repositione supplicata per eandem Illustrem Ducissam, reponit Illustrem Don Carolum de Gurrea & Aragon, Ducem Villæformosæ, in iure, instantia, & actione, in quibus erant in præsenti processu, & causa Illustris D. Franciscus de Gurrea, & Aragon, eius avus, & Illustres Don Ferdinandus de Gurrea & Aragon, & Domna Ludovica de Aragon, eius parentes, tempore eorum mortium respectivè: cætera, per Procuratores eiusdem Don Caroli ab Aragonia supplicata locum non habere.

26 Prosiguiòse el incidente de la reposicion de la Duquesa Doña Maria, replicando ambas partes reciprocamente en sus rescripciones, lo que pertenecia à su exclusion; y en la replica del Duque Don Carlos de el dia 10. de Setiembre de 1665. se alegò, que no podiá averiguarse en el incidente de reposicion, si los bienes avian, ò no pertenecido al Duque Don Fernando, porque el Duque Don Francisco ganò sentencia con el testamento del Duque Don Martin; pero como dize en el articulo 7. *ganò sentencia, por estar expressamente llamado*, y assi prosigue en el articulo siguiente: *Que para dicha sentencia no se disputarõ, ni decidieron los otros llamamientos, vinculos, y substituciones, que se hallan en el dicho testamento de dicho Excelentissimo Señor Don Martin de Gurrea y Aragon, los quales hasta de presente han estado, y estàn indecisos, y sin averse hecho declaracion sobre ellos; y esto es*

tan

tan cierto, que en los motivos de la dicha sentencia dada en este processo, no se ha interpuesto per esta Real Audiencia juizio, y determinacion sobre ellos.

2P Y en el artic. 5. *Y porque no aviendose entonces tratado, ni decidido, para dar la dicha sentencia difinitiva, ni sido necessario para ello, el tratar de los demàs llamamientos, no ay capacidad, ni se puede en el presente incidente de la asserta reposicion ex adverso suplicada, averiguar la calidad de los llamamientos posteriores, en cuyo examen, y averiguacion es forzoso se ayan, y devan ofrecer questiones muy arduas, y controvertidas en los Tribunales, y que necessitan de conocimiento plenario, y de mas alto examen, de las quales no se puede, segun los Fueros, Observàcias, vsos, y costumbres del presente Reyno, estilo, y practica de la presente Real Audienciatratar, ni decidirse en vn incidente tan sumarissimo.*

28 Sustanciado este articulo, se declarò, q̃ no avia lugar la reposicion de la Duquesa Doña Maria de Silva y Mendoza.

29 Vltimamente, aviendo el Duque D. Carlos vendido el monte de Sora, pidiò el P. Gregorio Vbarri à quien pertenecia reposicion, alegando la que avia obtenido el mismoDuque: y lo demàs que tocava à la inclusion con el comprador, y se decretò del modo que se pedia.

29 Hase referido el curso del Processo, y sus incidentes, para que se vea del modo que se ganò, y despues se ha governado la instancia: en la qual han pedido nuevamente reponerse la Señora Doña Iosepha de Gurrea, la Señora Doña Elena de Gurrea, y Don Antonio

de

de Benavides; derivando todos su descendencia de Doña Aldonza de Gurrea, hermana del Duque D. Martin; pretendiendo la Señora Doña Iosepha, que por ser de mejor linea, deve preferir, y reponerse; la Señora Doña Elena, por hallarse mas proxima en grado; y D. Antonio por varon, pretendiendo, que el mayorazgo es de calidad.

31 Dadas las rescripciones, ò replicas, y antes de passar à prueba el articulo, ò incidente de estas reposiciones, ha comparecido tambien, y pedido reposicion el Marques, como heredero del Duque Don Carlos, vltimo posseedor de estos bienes: à que han opuesto las Señoras Doña Iosepha de Gurrea, Doña Elena de Gurrea, y Don Antonio Benavides, que no era parte, ni devia ser oido. Mas el Marques pide se le declare parte, y tambien opone, que no lo son la Señora Doña Iosepha, la Señora Doña Elena, ni Don Antonio, para impugnarle su reposicion.

32 Y para fundar con mas claridad la pretension del Marques, se dividirà en dos partes este discurso; en la primera se tratarà de que no deven ser oidos sus contendores contra la reposicion que pide; y en la segunda, que en todo caso deve oirsele al Marques como interessado.

§. I.

Que no deven ser oidas las Señoras Doña Iosepha de Gurrea, Doña Elena de Gurrea, y Don Antonio de Benavides.

33 No solo deve declararsele parte al Marques por interessado en esta causa, sino que al parecer proce-

de

de la excepcion que ha opuesto à sus contendores de no serlo, para embaraçarle la inmission, ò reposicion, que como heredero escrito del Duque Don Carlos, pide à V.S.I. Porque deviendose esto governar segun la naturaleza, y calidad de la instancia; la de este processo ha sido de libertad en su principio, en la sentencia, y en el progresso.

34 Porque siendo cierto, que en la contestaciõ se dà principio à la instancia; Amato *resolut.*86.*n.*84.Tonduto *de prevent.part.*1.*cap.*30.*num.*6.Torre *de maiorat.part.*2.*quæst.*63.*num.*27.es cierto tambien, que solo se disputò, si tenia libertad Don Martin para disponer de los bienes: porque como se dixo *nu.*6.y 7.Doña Maria pretendia, que se avia de governar la sucession con la capitulacion matrimonial del Vizcõde de Evol, y Doña Aldonza; y al contrario Don Francisco pretendia, que avia tenido libres los bienes el Duque D. Martin; por aver espirado todos los llamamientos de los capitulos matrimoniales, aviendose el mismo D. Martin introducido en la sucession: con q̃ en orden à los llamamientos con que se incluyen los contendores de el Marques, no huvo necessidad de tratar cosa alguna, hallandose Don Francisco nombrado en la escritura.

35 Lo mismo sucediò en la sentencia, pues aunque ganò Don Francisco, solo dixeron en orden à su inclusion los motivos: *Ex eo quoniam de eius legitima inclusione, & vocatione, constat in vim vinculorum, & sustitutionum, per Illustrem Don Martinum de Gurrea & Aragon, Ducem de Villahermosa, & Comitem Ripacurtiæ, eius Patrem, dominum, & possessorem harum Baroniarum, & Bonorum, in*

suo

suo testamento appositorum, in quibus apparet, prædictum Don Franciscum, in defectum Don Ferdinandi, & Don Martini eius fratrum, ac filiorum, & descẽdentium masculorum, vtriusque (qui casus evenit) fuisse ad hæc bona vocatum. Porque hallãdose nombrado en la escritura D. Francisco, no tuvieron necessidad de tratar de los llamamientos, que en ella se leen.

36 De donde se infiere, que no pueden los contendores del Marques subrogarse en lugar de Don Francisco, pues para esto avia de aver deducido en juizio, y ganado con el merito que pudiera favorecerles, calificando los llamamientos con que se incluyen; porque la reposicion no es mas que vna subrogacion en lugar del que obtuvo, D. Sesse *decis. 89. in princ.* por cuyo medio se continua la execucion de la sentencia que ganò el antecessor à beneficio del sucessor, valiendose de la misma sentencia, y del mismo merito con que la ganò el antecessor: explicòlo todo con elegancia, y brevedad el Motivo, in Processu *Prioris Prædicatorum*, sobre la reposicion de los Condes de Fonclara, en 9. de Agosto de 1660. ibi: *Versamur enim in iudicio, non solum possessorio, & sumarissimo, sed continuante executionem sententiæ litispendentiæ, admodum privilegiata, vbi solum agitur de executione iam facta prosequenda, & persona in locum vltimi immissi subroganda*; deviendose juzgar, para conceder la reposicion, vna misma persona por la representacion; lo que no parece puede ser, valiendose los sucessores del medio de los llamamientos del Duque Don Martin, no calificados en la sentencia, ni deducidos en juizio por el que ganò.

Re-

37 Replicaràſe à eſto; que Don Franciſco ganò la ſentencia con el teſtamento, en que eſtàn los llamamientos con que ſe incluye la parte contraria; y que aviendo obtenido, que la ſuceſſion ſe devia governar con el teſtamento, ganò ſentencia para todos los llamados en èl.

38 Y conſiſtiendo toda la dificultad en eſta replica, ſe reſponde: que aunque ſe valiò Don Franciſco del teſtamento, y ganò con èl; pero reſpeto de los llamamientos no ſe deduxo coſa alguna; y no ſiendo la inſtancia otra coſa, que *exercitatio iudicij*, *l.Poſtquam liti*, *C.de act.* Bard.*in tit.de reſumpt. n.*1. Seſſe *dec.*89. Larrea *deciſ.*35.*num.*51. Torre *de maiorat. p.*2. *q.*63. *num.*27. Tondut.*de prævent.par.*1. *cap.*30. *num.*6. no aviendoſe dudado coſa alguna reſpeto de los llamamiẽtos, ni calificadolos la ſentencia: no pudo aver, reſpeto de ellos, diſputa alguna, ni inſtancia; y aſsi mal podràn ſubrogarſe en ella los que pretendieren que eſtàn llamados; como trae Menochio en terminos mas dificultoſos, de aver litigado in limine ſucceſsionis vn tio, y ſobrina, hija del vltimo poſſeedor, ſobre la ſuceſſion de vn mayorazgo; y de aver vencido el tio; y ofrecidoſe el miſmo caſo de tio, y ſobrina en el progreſſo de la ſuceſſion; y dudandoſe de ſi la primera ſentencia hazia juzgado para el ſegundo caſo, defiende que no *conſ.*501. y dize en el *num.* 6. muy al intento: *Quintò accedit, quod aut hic conſideramus perſonam Domnæ Ioãnæ, aut perſonam D. Alfonſi victoris; ſi Domnæ Ioannæ, dicendum eſt, ſententiam contra eam latam non nocere Domnæ Annæ: cùm vt diximus, nullum ius ex eius perſona habeat: SI VERO cõſideramus perſonã*

D.

D. Alphonsi, idem dicendum est, cùm sententia ab eo obtenta recipiat interpretationem à libello, & petitione, vt illi conformis sit, l. Vt fundus, ff. com. divid. l. vlt. C. de fideicom. libert. *Atqui libellus, & petitio ipsius D. Alphonsi continebat, vt ipse admitteretur exclusa Domna Ioanna: non autem quod masculi à se descendentes excluderent fœminas à se ipso provenientes: Non ergo sententia illa operari potest effectũ, vt nunc Domna Anna excludatur à D. Aloysio: esset enim hoc præter intentionem ipsius D. Alphonsi. Et sententia facile plus contineret, quam petitum est contra dict. l. vlt.* Veasе si en nuestro caso fue menos de la intencion de Don Francisco, deducir el derecho de los descendientes de Doña Aldonza, no necessitando mas que de vencer à Doña Maria su sobrina, y de excluir los vinculos, que se pretendian en la capitulacion matrimonial del Vizconde de Evol; y mas siendo Doña Aldonza tranversal de Don Francisco.

39 La misma satisfacion diò el D. Suelves en otro caso semejante, en que pretendia, que aviendose litigado con vna escritura, en que avia diferentes vinculos; aviendose ganado con el de masculinidad, no podia obtener la reposicion el que venia como agnado, fundalo en el *consf.* 33. *n.* 25 *lib.* 3. y en el *nu.* 27. refiere el argumento: *Nec refragatur quod obijciebatur, nempe D. Antonium pacta nuptialia D. Ludovici præsentasse: & quod si in illis agnatio contemplata extiterit, omnia in eis contenta allegavit:* que es lo que en nuestro caso se alega en contrario: por àver ganado la sentencia Don Francisco con el testamento del Duque Don Martin, en que se dize està el vinculo con que se inclu-

 yen;

yen: y prosigue: *Nam respondetur, quod cum sint distincti maioratus agnationis, & masculinitatis, vt constat ex* Molina, &c. *Cum sub agnationis qualitate non petierit, sed solum masculi, plusquam petiijt illi concedi non potuit. Agens enim ex vna causa, licèt probet ex alia obtinere nequibit, &c. Et inde præcisa, ac necessaria sequitur consequentia, quod in processu Ioannis Guzman non est instantia agnationis, nec sententia super illa. Quapropter D. Petrus Georgius non potuit vt agnatus reponi, quia non entis nullæ qualitates, &c. Et agnationis repositio, agnationis instantiam, ac sententiam supponit*: y se juzgò assi; y en nuestro caso procede con mas razon, pues en la sentencia no se declarò, que huviera vinculo, porque no fue necessario, hallandose llamado expressamente el Duque Don Francisco; no aviendose dudado, ni deducido su contendora en juizio cosa alguna en orden à su inclusion.

40 Y se haze mas cierto lo personal de la sentencia, hallandose nombrado D. Francisco en el testamento del Duque Don Martin; pues lo que no se obtiene con alguna calidad que convenga à otros, no les aprovecha, ad text. *in l. Nonnunquam* 24. *ff. ad Trebell.* ibi: *Nonnunquam autem ex voluntate variè rescriptum, & indicatum est, videlicet si non sub appellatione hæredũ, sed proprijs nominibus expressit*, *l. Si plures* 98. *ff. de legat.* 3. ibi: *Itaque si quis velit non omnes hæredes legatorum præstatione onerare, sed aliquos ex his: nominatim damnare debet*, *l. Si hæredes nominatim* 124. *ff. de legat.* 1. *l. Legatorum* 33. *§.* 1. *ff. de legat.* 2. *l.* 21. *§. vlt. ff. de acquir. rer. dom. l.* 16. 30. & 39. *ff. de stipulat.*

pulat.servor. l.4. Cod. ad Sen. Trebell. ibi: *A quo tibi nominatim non fuerat fideicommissum relictum.*

41 Y no deven estrañarse en vna misma persona diferentes representaciones, para que se alegan comunmente los textos *in l. Si pater, §. Qui duos, ff. de adopt.* ibi: *Facit enim hoc quasi quilibet, non quasi avus, l. Debitor, §. fin. ff. ad Trebell.* ibi: *Quia non quasi hæres, sed quasi mater ex pacto accepit, l. Tutor petitus, §. Qui tutoribus, ff. de excusat. tut.* ibi: *Cum iudicium patris, vt filius, non vt tutor promeruerit, l. Profectitia, §. Papinianus, ff. de iure dot.* ibi: *Magis eum quasi patrem id, quam quasi curatorem fecisse videri.* Y prueba mas al intento el texto *in l. Filius 22. §. fin. ff. de inoffic. testam.* ibi: *Item si adrogavi eum, qui instituerat litem de inofficioso testamento eius, qui mihi legatum dedit, litemque peregero nomine filij, nec obtinuero: perdere me legatum non oportet: quia nō sum indignus, vt auferatur mihi à Fisco id quod derelictum est.* CVM NON PROPRIO NOMINE, SED IVRE CVIVSDAM SUCCESSIONIS EGI.

42 Es tan cierto lo que và dicho, que en el progresso tambien se governò esta instancia como de bienes libres, como se manifiesta en la primera reposiciō obtenida por los Duques Don Fernando, y Doña Luisa: porque aunque en el segundo memorial, ò peticiō referida *num.* 17. se alegò la descendencia de ambos, del Duque D. Martin; pero tambien se haze alegato formal, y especifico en los art. 14. y 18. de los testamentos del Duque D. Francisco, y su muger la Duquesa Doña Luisa de Alagon. Y en el 19. de vna sentencia arbitral,

tral, en que les adjudicaron à los mismos Duques los bienes aprehensos en este processo, *vt num.* 18. y assi al fin se halla pedida como libre, *vt num.* 19. alii: *Y tambien por ser herederos, y sucessores de el dicho Excelentissimo Señor Duque D. Francisco de Gurrea y Aragon, q̃ obtuvo, y ganò sentẽcia en el presente processo, y causa*: Y no explicando la sentẽcia porque motivo se les repuso, devemos entender, que fue con libertad: porque con vinculo no pudiera aver repuesto mas que à vno, por ser de su naturaleza individuos los mayorazgos, D. Ludovic. Molina *de Hispan. primog. lib.* 1. *cap.* 3. *num.* 6. & *latius cap.* 11. *num.* 1. & *sep. vbi* Add. cõ Fontanela, Giurba, Castillo, Vela, y otros, Sesse *decis.* 379. *tom.* 4. Y si la instancia de este processo se huviera estimado como ganada en fuerza del mayorazgo, que se dize formò el Duque D. Martin en su testamento, pudiera mucho menos dividirse, por lo que literalmente dispone, alli: *Y QVE NO PVEDA SVCEDER MAS QVE VNO SOLO.*

43 Sin que pueda ser de algun reparo, que esso se hizo en fuerza del consentimiento reciproco de los dos repuestos: porque deviendose governar, y decretar la reposicion en caso que se decretasse con vinculo, segun lo dispuesto en èl, y lo declarado en la sentencia; el consentimiento de las partes no puede hazer, que el que no es sucessor legitimo, lo sea, y que si no pueden suceder dos en el mayorazgo, sucedan: porque el consentimiento puede dividir la comodidad, frutos, y goze del mayorazgo: pero no puede hazer que sean dos los sucessores: y como no se pueden reponer sino los que se incluyen como tales, no podràn oponerse los que vienen

neri à pedio repoſicion à lo diſpueſto en el mayorazgo; porq̃ en ſu miſmo alegato traerian la excluſion, como explica con ſingularidad D. Franciſco Salgado *de Reg. protect. part. 4. cap. 7. num. 99. & cap. 13. nu. 48. & 49. & in labyrinth. part. 3. cap. 1, num. 17. & ſeqq.* que es lo que ſe dize, ſuo ſe ligone percutir; y ſe prueba de los textos *in l. 4. ff. de ſervit. & l. Qui ita 56. §. Qui ita 4. ff. de verb. oblig.* y deviera no decretarſe la repoſicion.

44 Y aun ſe ha dudado, ſi devia dividirſe el mayorazgo entre dos hermanos gemelos, no ſabiendoſe el que naciò primero, de que trata Roxas *de incõpat. par. 2. cap. 5.* deſpues de Cevallos, Lara, Gomez, y otros que refiere; y aunque concluye, que en Caſtilla deve dividirſe, por aver ley eſpecial que lo ordena; pero ſu Adicionador Don Fernando Alfonſo del Aguila en el *num. 21. & ſeqq.* trae diferentes ſentires de los Autores que eſcriven ſegun el Derecho comun; diziendo vnos, que ha de preferir el mas robuſto; otros, el que antes fuere poſſeedor; otros, que ſe ha de echar ſuerte; de que puede inferirſe la impoſſibilidad de que el mayorazgo venga en dos: y que la repoſicion de los Duques Don Fernando, y Doña Luiſa ſe decretò con libertad; pues para decretarla con vinculo, hallaria el Conſejo la opoſicion tan grande en el Derecho, y en la letra del teſtamento de Don Martin; y podia remitirlos à otro juizio, para que ſe declaraſſe la calidad del mayorazgo.

45 Ni el dudarſe qual de los dos era el ſucceſſor, podia juſtificar la repoſicion con el vinculo; porque aunque es muy diſputable, ſi deven dividirſe los bienes quando por muy dudoſa no puede llegar à comprehen-

derse la voluntad del testador; como trae con muchos Torre *de maior at tom.1.cap.24.§.1.* pero en el *nn.62.* dize: *Sed dato, non tamen concesso, quod etiam quando versamur in dubia, & ambigua testatoris voluntate possint Iudices rem controversam dividere inter collitigantes, ista regula est amplectenda in articulo, & quæstione super re divisibili, non verò super maioratu ex sui natura, & præcepto testatoris indivisibili, vt vidimus supra & confirmat* Gabriel Alvarez de Valasco *de Iudice perfecto, rub.14. adnot.7. num.*13. *vers. non intem ratio.*

46 Ni el estar casados podia ser merito para reponer à los dos con el vinculo: lo vno; porque como para decretar la reposicion con el vinculo, devian declararse sucessores, aunque estando casados, devian gozar los frutos, y comodidad del mayorazgo: pero no podian ser los dos sucessores: Luego no pudo decretarse la reposicion con el vinculo: Lo otro; porque si por estar casados podia reponerse à los dos; para què se hizo el consentimiento de ambos reciproco?

47 Vltimamente, para decretar esta reposicion, tambien se hizo alegato formal en el *art.*19. de vn cõpromis, en que à los Duques repuestos se les adjudicò parte de estos bienes, y la Baronia de Grañen al Conde de Guimerà; como se dixo *num.* 18. Con que no parece puede dudarse de esta reposicion, que se decretò con libertad: pues en otra manera se huviera decretado contra la letra expressa, y disposicion del fundador, y contra la calidad, y naturaleza del mayorazgo. Y es tan cierto, que se decretò con libertad, que la sentencia de reposicion del Duque

D. Carlos dixo: que lo reponia en el derecho, è instancia, en que estavan el Duque Don Fernando su padre, y su Madre la Duquesa Doña Luisa; de los quales trata inclusion con libertad; del padre, en la manda de la capitulacion matrimonial; de la madre, en el testamento, como se dirà; y assi supuso à los dos sucessores.

48 La segunda reposicion es la del Duque Don Carlos, y como se ha dicho *num.* 22. alegò para su inclusion la capitulacion matrimonial, en que su padre le mandò estos bienes, y el testamento de su madre la Duquesa Doña Luisa, en que lo dexò heredero: y aunque à lo vltimo alegò, que no avia otro descendiente del Duque Don Martin vinculante, que el mismo Duque Don Carlos: pero no constando de la sentencia, ni motivos, por que titulo se le repuso; hallandose alegado el de libertad, devemos entender, que fue con èl; Lo vno, porque es el q̃ claramente se alega, y para el del vinculo, como se ha dicho, no està alegada la descendencia del Duque Don Martin, del modo que regularmente se alega para estas reposiciones: porque como es fundamento de intencion, no puede escusarse su alegato: Y aunque se avia repuesto à sus padres, no por esso devia omitirse: porque aunque con esse merito pudiera pretender la probanza de aver llegado el caso de su sucession; pero no podia dexar de alegarlo: como vna cosa notoria, que aunque no se dude por cierta, se deve alegar por necessaria para la inclusion, Mascardo *de probat. concl.* 1109 & 1253. *nu.* 10. Gratian. *discept. forens. cap.* 925. *num.* 13 Costa *de fact.* [illegible] *inspect.* 1. *num.* 5. Lo otro; porque aviendose repuesto à sus padres con libertad, mas natural, y consiguiente era el de-

crear la reposicion con merito de libertad, derivado de los mismos Duques inmediatamente repuestos; y mas aviendole repuesto en lugar del Duque Don Fernando, y Doña Luisa sus padres, como se dirà luego. Lo otro; porq como se dixo *n. 26. y 27.* contra la reposicion que pedia la Duquesa Maria de Silva con la viudedad se opuso, y confessò expressamente el Duque Don Carlos, que para la sentencia que ganò el Duque Don Francisco, no se tratò de los llamamientos del testamẽto del Duque Don Martin, y aviendo negado la reposicion à la Duquesa, se calificò esse alegato, y lo que vamos fundando.

49 Porque aunque huvo grande disputa tambiẽ en si la donacion del Duque Don Fernando fue pura, y tuvo efecto antes de la muerte: no pudo servir de merito para negar la reposicion de la Duquesa Doña Maria de Silva, el entender, que avia sido pura, diziendo la sentencia que repone al Duque Don Carlos: *In iure, instantia, & actione, in quibus erant in præsenti processu, & causa Illustris: D. Franciscus de Gurrea & Aragon, & Domina Ludovica de Aragon, eius parentes, TEMPORE EORVM MORTIVM respectivè*: Porque si se huviera entendido, que la donacion avia tenido efecto desde luego, no se podia suponer en la sentencia de reposicion, como se supuso, que al tiempo de la muerte tenia el Duque Don Fernando el derecho, è instancia, en que se reponia el Duque Don Carlos.

50 La ultima reposicion del P. Gregorio Vbarri no ay duda que se decretò como en bienes libres, por no averse alegado otra inclusion para conseguirla, que la vendicion del Duque Don Carlos.

De

51 De cuya serie, y orden de reposiciones se infiere con notoriedad: que la sucession de estos bienes se ha governado con libertad; y assi no parece capaz este incidente de alterar en èl, el estado en que se hallan; Porque siendo este juizio possessorio, sumarissimo, è incidente del sumarissimo, tambien del de lite pendente, ò interim; deven al parecer entregarse los bienes en el estado, y calidad que se hallan, Roxas *de incompatib. part. 6. cap. 1. nu. 25. & seqq.* y en el *nu. 26.* distingue: *Aut constare potest de vltimo statu, & titulo, quo vltimus possessor possidebat hac bona; tempore quo vacabant, aut constare non potest*; si no consta, dize se han de juzgar libres: pero si consta, dize en el *num. 28.* que se han de entregar con la calidad que se hallan, y lo confirma su Addicionador D. Fernando del Aguila, con vn juzgado, *num. 8.* y si esto procede en Castilla en el juizio de la tenuta, mucho mejor parece ha de proceder en el incidente, en que nos hallamos, siendo sumarissimo, como se ha dicho del sumarissimo de lite pendente, consiguientemente no parece deven ser oìdos los contendores del Marques, para embaraçarle la inmission, que suplica, remitiendo à otro juizio la inclusion con el testamento del Duque Don Martin.

52 Fuera de que las reposiciones se conceden à semejança del remedio de la *l. fin. Cod. de edict. Div. Adrian. tollen.* Y en essos terminos tiene fundada su intencion el heredero escrito; de manera, que sino es mostrando el fideicomissario claramente su derecho, no es contradictor legitimo, para embaraçarle la inmission, *vt in l. 3. ff. vt in poss. legat. & c.* ibi: *Hodie constat de-*

fideicommissa, *hodie agamus*, Cavalerio *decis*. 516. *nu*.3.*in edit.venet*.Argelo *de leg.contradict.quaest*.10. *art*.4. *n*.56. & *art*.11.*n*.172.*art*.14. *n*.206. Fusario *de substit.q*.613.*n*.13.

53 Y dixo Argelo *de legit.contrad.quaest*.10.*art*. 4.*num*. 53. *Fatuus autem omninò esset ille hæres, qui petendo immissionem ad exclusionem fideicommissarij, non reperiret probabilem aliquam rationem*; lo que procede mejor, quando al que pretende ser fidei comissario se le niega, *vt num*. 60. ibi: *Ad primum respondetur, quaestionem examinandam, quando simpliciter hæres negat, fideicommissarium etiam possidentem, esse contradictorem, admittit tamen eum fideicommissarium: si enim neget, illum esse fideicommissarium, & coloratam adducat rationem, egredimur terminos propositæ dubitationis; eo quidem casu fateor, fideicommissarium non esse cõtradictorem, & ratio est: quia non constat in continẽti de iure suo, quando probabilis ratio est in contrarium allata; sic nec constat, an iure possideat: quamobrem non est mirum, si non admittatur vt contradictor; secus si non revocetur in dubium, an sit fideicommissarius, sed tantum dicat hæres, se primò velle in totam hæreditatem immitti, velleque vt postea, à se ipso restituente fideicommissarius capiat*.

54 Y assi, incluyendose con vna dilatada descendencia, y aviendola de probar con testigos, no pueden hazer tan claro su derecho, que baste, para que sean contradictores legitimos; porque como dize Ciriaco *controv*.263.*tom*.2 *Vbi probatio habet possibilitatem contrariam, non relevat, cum debeat de necessitate* *con-*

concludere, l. Neque natalis 10. & *l. Ad probationem* 22. *Cod. de probat. l. Non hoc* 4. vbi notat Bald *ff. vnde legitimi*, y por esso la Rota *decis.* 520. *part.* 1. *divers.* fundando, que el fideicomissario no podia embaraçar la inmission al heredero escrito, dize en el *num.* 4. *ET NON DICITUR CONSTARE DE NON IURE QUOUSQUE POTEST CONSTARE DE IURE ILLIUS*; y en probanza de testigos nadie negarà esta possibilidad: y para esto importarà poco el pretender, que el vinculo es claro, por lo que la misma decision dize *num.* 5. *vers. Neque obstat*, en donde haze este argumento: *Neque obstat, quod ex lectura dicti testamenti Gabrielis constat de non iure fœminarũ, quæ sunt penitus, & omnino exclusæ &c.* que es lo que aqui se opone al Marques, que segun la letra del testamento, consta de nõ iure illius, por aver vinculo; pero responde diziendo: *Nihilominus respondeo: quod in istis interdictis, de quibus agitur, nõ sufficit prætenso fideicommissario possessori probare non ius hæredis, nisi etiam probet ius sui fideicommissi, & quidem in continenti*: que parece puede aplicarse à nuestro caso, por necessitar de probanças extrinsecas de muchos testigos para probar el derecho de su fideicomisso; y tambien dixo la misma Rota *num.* 15. *Et in dubio, vt hereditas iacens manuteneatur, præsumitur, quod possit alia defensio competere.*

55 Y D. Iuan del Castillo observò vna diferencia con Peregrino entre los herederos del primer grado, y los demàs *lib.* 3. *controv. cap.* 14. *num.* 16. que servirà de razon à lo que vamos fundando: *Qui rectè observavit inter hæredes scriptos in primo gradu, & inter*

ter alios, hoc interesse: Quod hæres scriptus ex sola ostensione testamenti in forma probante, non aboliti, nec cancellati, notorium facit Iudici, in casu esse, vt in possessionem mittatur. Sequentes verò, veluti substitutus vulgariter, exemplariter, aut pupillariter, nõ aliter nisi notorium Iudici faciant, evenisse casum substitutionis. Et idem est in hærede hæredis, nam hæreditatem in eum transmissam liquidare oportet: Et in fideicommissario, nam casum fideicommissi, & substitutionis liquidare eum necesse est. Et ita sanè observavit, atque magistraliter docuit, Bart.&c. Porque no es facil, que en vn juizio tã sumarissimo como este pueda liquidarse el fideicomisso, incluyendose por vn transversal, y hallandose tan remotos del testador, y del vltimo posseedor de los bienes.

56 Y aun dixo Rolando, que el que no estava nõbrado en el testamento, no era contradictor legitimo contra el heredero escrito, *cons.1.num.72.* ibi: *Vlterius etiam dicitur; quod ipsi Illustrissimi Principes non possunt ostendere incontinenti de iuribus suis, quod est tertium requisitum, vt dicantur legitimi contradictores, iuxta Dec. vbi suprà; CVM NON REPERIANTVR NOMINATI IN IVRIBVS PER EOS PRODVCTIS, &c.* Porque el inmitirse en virtud del testamento, es, porque haze cosa notoria, y assi tiene execucion pronta, como observa el mismo Rolando *cons.93.nu.8.vol.3.* ibi: *Quod quidem remedium, quod dicitur adipiscendæ,* Doct. *in d. l.fin.* Dec. *cons.84. col. pen. est summarium & celeriter, ac de pleno, propter notorietatem resultantem ex testamento expediendum, teste* Bart. *quem omnes alij*

se-

sequuntur in dict.l.fin. Beroi.*in tit. cons.* 56. *in princ.* & 60. *col.* 2. *Imò magis summarium, quàm aliud possessorium,* Beroi.*in cons.*57. *col.*1.*vol.*2. *quo respectu instrumentum testamenti dicitur habere executionem paratam, vt per* Bart.&c. cuya notoriedad cessa, quando necessita el que pretende ser fideicomissario, de probanzas extrinsecas; porque como estas admiten otras contrarias, *l. Petenda* 6. *Cod.de temp.in integ. rest.*&c.ibi: *Quæ dilatione, si à reo impetratur, etiam actor in requirendis probationibus vti minimè prohibebitur*, Paulo de Castro *cons.*91.*num.*8.*vol.*1. Seraph. *decis.*575.*num.*5. Ludovis.*decis.*153.*nu.*9. vbi Oliver. Beltramin. *num.*12. con la negativa se hazen dudosas. Cap.*Veniens* 13.*de supplend.neglig.Prælat. l.*3. *Cod. quib.adhibeat.proclam.lic.*& alijs Surd. *cons.*4.*n.*28. noster Bardaxi *in For.*3.*famil.ecirscund. in fin.princ.* Y la duda que nace de la oposicion, impide la notoriedad que se requeria para la execucion pronta, como en otro caso semejante discurre Rolando *dict.cons.*93. *num.*38. ibi: *Nam certissimum est, quod si dicti Domini adversarij conabuntur velle probare, prædia ipsa fuisse concedentis; quod ex adverso Dominus hæres institutus similiter operam dabit probandi contrarium: vnde ratione conflictuum dictarum probationum, quæ quidem brevi tempore expediri non possunt; non est quis tam sani capitis, qui docere possit, hoc posse expediri infra illud tempus, infra quod possessorium expediretur, si talis exceptio opposita non fuisset*; y en el *num.*42. dize: *Aut volunt audiri per viam probationis testium, & alia iura non liquida, & tunc etiam non debent audiri ad impediendam huiusmodi*

 im-

immissionem propter probationes, quæ hinc inde resaltare possint. &c. iuxta supra dicta: Con que no pudiendose negar la possibilidad de probar el Marques lo que alega, no pueden embaraçarle la inmission sus contendores, con el vinculo que pretenden.

57 Confirmòlo elegantemente Laderchio Imolense *cons.* 69. fundando, que el que pide la inmission, no puede ayudarse de probanzas de testigos, *vt num.* 3. ibi: *Ratio autem huius rei est, quia cum summaria sit cognitio, res sola fide oculata expedienda est, non ex auditu testium, vt pulchrè tradit* Bald. *l.* 1. *Cod. vt in poss. legat. num.* 2. *Nota, inquit, quod summaria cognitio procedit oculata fide, non ex auditu testium; deinde ex regula generali infert ad vnum exemplũ; scilicet, quando scriptura est cancellata*: & Bald. seq. Felin. *cap. Ex litteris, num.* 15. *de fide instrumt & cap. Sicut, nu.* 3. *de re iudic. & alij passim; & idem* Bald. *in terminis, cons.* 444. *num.* 3. *in princ. vbi ait, ex oculata fide, non ex auditu in hoc iudicio rem tractari, quia substantia consistit in scriptura. Hincque, si quis velit examinare testes, ac probare, quod testator eum haredem nuncupatus sit, quia deficit notorium, quod oritur ex scriptura, nõ est locus immissioni, sed prius confugiendum est ad remedium l. Publicati, Cod. de testam. vt post* Bart. *concludunt omnes d. l. fin.*

58 *Secunda est ratio cur in summarijs non adiuventur scripturæ testibus; ne oporteat contestari litem, & iudicio ferè ordinario rem protrahere, vt per* Matthes. *not.* 5.

59 Y en el *num.* 6. *vers. Quartò*, dize: *Quartò huc confert ratio* Curtij Iun. *de qua supra, dum reddit*

ra-

rationem, cur admittantur testes ad impugnandum testamentum, iuxta tradita à Doct. *in d.l.2.Cod. dict. tit. de eod. D. non ad adiuvandum, quia scilicet illud sit ex reg. iuris, hoc autem contra eas: quasi non sit conveniens, vt quando hæres habet hoc privilegium, vt testamentum habeat executionem paratam, debeat etiam posse testimonijs hanc executionem communire. Sic & ratio illa* Baldi, *quia in summarijs exigitur oculata probatio, convenit: si enim ad testes recurrimus, quomodo erit oculata? non repugnat & illa* Matthei. *ne lit. cont. fiat, & iudicium summarium mutetur in ordinarium.*

60 Y el muy docto Cancer, de quien dixo Fontanela *decis.* 10. *num.* 19. que era digno de eterna memoria; trae en terminos: que la probanza de vna dilatada descendencia, de que se valia el fideicommissario, no era para este juizio de inmission, por necessitar de alto examen, *in iuris responso pro D. Michaele de Cardona, post part.1. var. num.32 & seqq.* ibi: *Verum in iudicio summarissimo legis fin. eiusvè interim, quod quando locum habeat, declaravimus, non concedi immissionem, aut confirmationem fideicommissario, alijvè contradictori adversus hæredem, nisi contradictor acceperit possessionem vacãtem vigore tituli clari; adeò (vt ad nostros terminos sermonem adaptemus) vt licet fideicommissarius accepisset possessionem vacantem, & haberet titulum fideicommissi; sed dictus titulus non est clarus, in quo fideicommissarius non esset nominatus, vel aliàs clarè de iure sui fideicommissi appareret: Quinimò ad probandum, quod sit de comprehensis in fideicõmisso opus*

esset

esset in mediū afferre PROBATIONEM DESCENDENTIÆ, ET CONIVNCTIONIS PERSONARVM, ET SIC REQVIRERET ALTIOREM INDAGINEM, *dictam possessionem cum dicto titulo non impedire immissionem, aut confirmationem possessionis hæredis, & tantum debere reservari fideicommissario in iudicio plenario possessorio, aut petitorio sua iura, & prætensionem omnes conveniunt, ita* Fulgos. &c. Y en el *num.* 35. ibi: *Qui reddunt rationem, quod idem operatur dubietas probabilis iuris, quod dubitatio facti,* Milanens. *decis.* 5. *num.* 136. & 137. *vbi in nostris terminis loquendo ait dici negotium requirere altiorem indaginem, quanda instrumentum, vel scriptura non loquitur de illa persona;* SED DEBET PROBARE GENEALOGIAM, ET DESCENDENTIAM, *allegat* Riminald. Iunior *cons.* 729. *n.* 12. & 13. & Socin. Iun. *omnino videndum cons.* 75. *num.* 18. & 19. *lib.* 1. &c.

61 Con que al parecer se convence: que assi por el merito con que se ganò la sentencia, como por la observancia, y modo con que se le diò execucion por via de las reposiciones de los Duques Don Fernando, y Doña Luisa, y Don Carlos, y el Padre Gregorio Vbarri; resulta con notoriedad que no deven ser oìdas las Señoras Doña Iosepha de Gurrea, Doña Elena de Gurrea, ni Don Antonio de Benavides, contra la pretension del Marques, de cuya inclusion no puede dudarse: por no necessitar de probanças extrinsecas, como la de sus contendores.

§. II.

Que aunque la sentencia, y las reposiciones subsiguientes se huviessen ganado con titulo de mayorazgo, aviendo el Duque, vltimo posseedor, dexado heredero por su testamento al Marques, no procede el negarle la audiencia.

62. Poca, ò ninguna dificultad parece puede aver en declararle por lo menos parte al Marques, segun lo que se ha procurado fundar en el discurso antecedente. Mas aunque supusieramos ganada la sentencia, y decretadas las reposiciones subsiguientes con titulo de mayorazgo, procede al parecer lo mismo: porque el vltimo posseedor de vn mayorazgo puede tener los bienes libres, ò por averse acabado los llamamientos, ò por no aver llamados: y en qualquiera de estos casos puede disponer de ellos, y passarlos a su heredero, *l. Qui solidum* 78. §. *Prædium, ff. de legat.* 2. *l. Pater* 77. §. *Libertis, ff. eod. l. Pater filium* 38. §. *Fundum Titianum ff. de legat.* 3. *l.* 2. *Cod. quando dies legat. ced.* D. Ludovic. de Molina *de Hispan primogen. lib.* 1. *cap.* 4. *nu.* 1. vbi Addētes Castillo *lib.* 2. *controv. cap.* 22. *num.* 34. & *tom.* 6. *cap.* 143. §. *Vnic.* Fusar. *de subst. quæst.* 551. Peregrin. *de fideicommiss. art.* 14. *nu.* 49. & *art.* 52. *nu.* 2. Censalius *in obser. ad dict. art.* 52. Tonduto *qq. civil. tom.* 1. *cap.* 47. *num.* 25. Mieres *de maiorat. part.* 4. *quæst.* 28. *num.* 18. Noguerol. *allegat.* 25. *num.* 10. D. Francisco Salgado *in labyrint. part.* 2. *cap.* 18. *num.* 49. Roxas *de incompatib. part.* 7. *cap.* 1. *num.* 28. & *seqq.* D. Iuan de Torre *de maiorat. Italiæ part.* 1. *cap.* 9. §. 3. *num.* 19. & 20. & *part.* 2. *quæst.* 21.

*num.*5.y lo dixo el motivo, *in dict. processu Prioris Prædicatorum*, ibi: *Potuit tamen D. Enriquus prout fecit de bonis ad libitum disponere, deficientibus substitutis.* Y esto procede aunque aya prohibicion expressa de agenar, vt ex Menochio, Surdo, & Fusario, Addentes ad. Molin. *vbi supra.*

63 Y assi igualmente se incluye el heredero escrito, alegando, que los bienes quedaron libres en el vltimo posseedor, como el llamado en el vinculo, suponiendo los llamamientos, y alegando, que es de los llamados, *dict. l.*78.§.*Prædium, ff. de legat.*2.ibi: *Qui fideicommissum petere potuit, non idcircò minus actionem in bonis suis reliquisse visus est, quod hæredem extraneum sine liberis decedens habuit*; y por esto dize Castillo *dict. lib.*2. *cap.*22. *num.* 45. que el vltimo posseedor, en quien quedan los bienes libres, los transfiere à su heredero, quem refert Torre *de maiorat. d.* §.3. *num.* 20. con que igualmente funda tambien con esse alegato el heredero escrito la translacion de la instancia, como el que pretende ser de los llamados con el alegato de su inclusion, ex regula: *Quod instantia generaliter transit in casibus, vbi bona, & iura transferuntur*, como con Peregrino trae Castillo *lib.*2. *controv. cap.*9. *n.*2.

64 Ambos casos de faltar los llamamientos, y de no aver llamados, comprehende el alegato del Marques, diziendo: *Que cessa ser verdad, (curialmente hablando) que el dicho Señor Duque Don Carlos de Curre a Alagon, Aragon y Borja, al tiempo de su muerte huviesse dexado hijo, ni hijos algunos varones ni hembras legitimos, y naturales, ni descendientes de ellos: y menos, que tuviesse, ni posseyesse los di-*

chos Castillos, Lugares, y Baronias, jurisdiciones, bienes, y derechos en este processo aprehensos, ni alguno, ò algunos de ellos, sugetos, ni gravados à mayorazgo, vinculo, ni fideicomisso alguno, restitutorio, temporal, ni perpetuo: Porque igualmente tiene el vltimo posseedor los bienes libres, y no sugetos à fideicomisso alguno, aviendo espirado los llamamientos, como por aver faltado los llamados: porque en qualquiera de los dos casos se verifica, y es cierta la negativa del alegato: Luego igualmente se incluye el Marques con èl, que con el de la descendencia de Doña Aldonza, sus contendores.

61 De donde se infiere, que el Marques deve ser oìdo, y admitirse como parte legitima, y contradictor: por quanto para no serlo se requiere, que del mismo processo resulte la exclusion, atendiendo solo à lo alegado, como dà à entender el Motivo *in dict. Processu Prioris Prædicatorum*, ibi. *Ille autem, qui secundum allegata immitti notoriè nõ valet, notoriè itidem repelendus venit etiam Iudicis Officio*, y la razon es, porque para ser oìdo basta el mostrar interesse, *cap. Veniens 38. de testib.* ibi: *Interloquendo pronuntiabimus, quod sua intererat, vt se posset opponere*: faciunt iura *in l. Pater filia 71. ff. de evict.* ibi: *Interest enim Patri filiam dotatam habere, l. Eum qui 14. §. 2. ff. de furt.* ibi: *Interest eorum, l. 1. §. Non solum, ff. de arborib. cedend.* ibi: *Quia & ipsius interest, l. 3. ff. de pop. act.* ibi. *Is cuius interest præfertur*. Giurba *decis. 8. nu. 1.* Rota apud Farinac. *decis. 703. num. 4. part. 1. recent.* Cancer *lib. 1. variar. cap. 16. nu. 32.* Port. *verb. Executio, n. 31,* Regens Monter *decis. 42. nu. 92. & seqq.* y Fontanela

en

en la *decis.426. num.6. lib. 2.* assienta esta distincion: *Notum est enim in hoc, quod est audire, vel non audire aliquem, statim recurrendum ad interesse; nam si interesse habet, auditur: si non habet, non auditur.*

66 Y solo se le excluye del juizio, y se le niega la audiencia al que sin color, ni causa, que probada aproveche, quiere que se le admita, *l. Minor 18. §.1. ff. de minor.* ibi: *Denique Glabrionem Acilium Divi Severus, & Antoninus non audierunt, INCOLORATE restitui desiderantem*; atendiendo solo à lo que se alega, como explica Mornacio, interpretando con la Glossa la palabra *incoloratè*, ibi: *Glossa hoc interpretatur optime, & ad vsum, Id est, inquit, NON ALLEGANDO VLLAM CAVSAM*: Luego no resultando del mismo processo, ò de la naturaleza de la accion q̃ se intenta, ò del modo con que se deduce en juizio, la exclusion, no se podrà negar la audiencia.

67 Y assi parece, que el heredero escrito del vltimo posseedor no puede dexar de ser oìdo: porque tiene dos medios de conseguir la reposicion, y son, el de poner en duda los llamamientos, ò el de no aver llamados: de manera, que aunque la sentencia se aya ganado con vinculo, y este contenga dilatadissimos llamamientos, faltando los llamados, se incluye, y puede ser repuesto: Luego no resultando del vinculo, y processo, que ay llamamiẽtos para cõprehender a los que pretẽden ser de los llamados; y no resultando tambien del mismo processo, que son llammados, no tiene exclusion el heredero escrito: Luego aunque cõstàra del processo (lo q̃ và negado) que D. Francisco de Gurrea ganò la sentencia con el merito, ò titulo expresso de mayorazgo;

y q̃ tienen llamamiento en èl los descẽdientes de Doña Aldonza : no resultando del mismo processo ; que los contendores del Marques son de los llamados ; antes bien aviendo de probar con testigos vna dilatada descendencia, no parece puede dexar de oirse al Marques, como heredero escrito del vltimo posseedor.

68 De otra manera, si para mostrar, que es parte el Marques, se huviesse de recibir informacion, se haria vno mismo el incidente de si ha de ser oido, y el de si ha de ser repuesto: porque para lo segundo, incluyendose con el testamento del vltimo posseedor, no necessita de otra cosa que de la informacion, y probanza sobre lo que alega: y seria invertir la calidad destos conocimientos, y confundir vn incidente con otro, contra lo que adbirtiò el señor Sesse *in syndicat. num.* 99. ibi : *Sed quoad legitimationem Fisci Regij, vt possit in dicta lite tanquam interesse habens, vt pars legitima admitti; certum est necesse illi non esse, docere de iustitia suæ prætensionis, cum id esset causam in aliquo incidenti decidere : sed sufficere colorem aliquem dictæ iustitiæ apparere, & quod ALLEGATVM* (no dize probatum) *à se relevet , vt notat Bald. &c. & hoc existimo difficultate carere*, a que conduce el texto no observado vulgarmente, *in l.*3. §. *Sciendum, ff. ad exhib.* ibi : *Iudex igitur summatim debebit cognoscere, an eius int[illegible]t : non an eius res sit.*

69 Y es distincion comunmente recibida ; que vna cosa es admitir a contradezir , y otra el vencer en la cõtradicion, cuius Author fuit Angelus *in l. adoptio, num.* 5 *ff. de adopt.* ibi : *Vndè duo sunt, vnum admitti*

ad contradicendum, immo sufficit quod contradicentis intersit, aliud est obtinere super contradictione; & ad istud non sufficit, quod intersit nisi probet, Gratian. *discept. forens. cap. 459. num. 35. & 76.* Fontanela *decis. 114. num. 5.* Peguera *in prax. civil. rubr. 2. art. 6. 9. & 12.*

70 Sin que pueda ser de reparo el no dudarse del vinculo, ni de que estèn llamados los descendientes de Doña Aldonça. Porque aunque pueda pretenderse, que no ay duda de derecho en la inclusion del llamamiento: pero el si ay llamados, que es la duda de hecho, pende de las probanças extrinsecas, cuya informacion deve liquidarse con audiencia del heredero escrito, como se requiere para hazer del todo claro el derecho, è inclusion del que intenta reponerse; como sucediò en la causa de Aranda, donde no se tuvo alguna duda, en que el Marques de Ariza por heredero escrito del vltimo posseedor, devia ser oìdo, y por esso pudo dezir el motivo de los quatro al fin: *Et quando partes in incidenti repositionis, licèt summariò, sua iura plenè deduxerunt, vt in præsenti in quo abundè TAM IN IVRE, QVAM IN FACTO nihil intactum omisserunt, quod in suorum iurium liquidationē, & cognitionem deducere possint*: porque en hecho no tenia que liquidar el Conde Don Pedro Pablo, suponiendo el vinculo de la vnion, sino su descendencia, litigando con el heredero escrito.

71 Y la razon parece clara: porque los que pretenden la inmission, han de hazer notorio todo lo que sea de su inclusion; y esto no puede ser sin la audiencia del interessado, porque los testigos recibidos en su ausen-

sencia no hazen caso notorio, Francus *in cap. 1. de litis contest. in 6. num. 24. vers. Trigesimò*, Scaccia *de appellat. quæst. 17. limit. 9. num. 63.* Sesse *de inhibit. cap. 5. §. 1. nu. 27. & 28.* y vna probança no deve excluir otra, Argelo *de acquir. possess. quæst. 2. art. 5. num. 58.* y assi no parece puede negarsele la audiencia al heredero escrito, como interessado.

72 ¶ Y lo confirma el mismo Argelo *dict. tract. de acquir. possess. quæst. 8. art. 32.* en donde trata, como ha de hazer claro el fideicomissario el caso de su fideicomisso para conseguir la inmission; y en el *num. 3.* con Zucardo dize: *Animadvertens primò in tali liquidatione eos citandos qui possunt lædi, l. De vnoquoque, ff. de re iudic.* y en el *n. 4.* declara esta doctrina, y dize: *Declara secundò, vt non sufficiat probare euenisse casum fideicommissi, nisi etiam probetur identitas bonorum, ET DESCENDENTIA; nempè bona in quæ petit fideicommissarius immissionem fuisse testatoris tempore mortis, ET QVI PETIT ESSE E NVMERO EORVM DESCENDENTIVM qui iure fideicommissi vocantur*, ita Rota, &c. Con que en el dictamen de este Autor ha de liquidar el fideicomissario, assi el caso del fideicomisso, y la identidad de los bienes, como la calidad de descendiente, con audiencia de los interessados; y siendolo tanto el heredero escrito, en que ayan faltado los llamados; no parece deve negarsele la audiencia, en la probança de los que pretenden essa calidad para poder liquidarla legitimamente; *cum paria sint quid non esse, vel non legitimè apparere, l. Duo sunt Titij, ff. de testam. tut.* Gratian. &c. como dixo el mis-

mo

mo Argelo *de legit. contr. quæst. 10. art. 15. num. 120.*

73 Y lo que del todo vence al parecer la duda, es, que el heredero escrito (supuesto el averse ganado la sentencia con vinculo) se introduce confessandolo, y valiendose de la sentencia, y trae para su inclusion vn instrumento claro: como el que se introduce como llamado, se vale del instrumento en que está el vinculo, y llamamiento con que se incluye, y solo depende la decision, de quien de los dos ha de obtener, de si tuvo, ò no el vltimo posseedor los bienes libres, y no sugetos à fideicommisso, por aver, ò no llamados; sobre que precisamente se ha de recibir informacion, por no hallarse probado en processo: con que respeto de la inclusion, y lo que se alega, que es lo que se atiende para la audiencia, igualmente funda su intencion el heredero escrito, que el que pretende ser de los llamados; pues el si ay, ò no llamados, como cosa de hecho, no se presume, *l. In Bello* 12. §. *Facti, ff. de captiv.* pendiendo el obtener la reposicion de la informacion: Luego no puede dexar de darsele audiencia al heredero para el examen de la informacion, hallandose iguales en la incusion, y dependiendo el obtener de la contingencia de probanzas extrinsecas.

74 De otro modo seria tratarlos cō desigualdad, contra la disposicion del Derecho, *in l. In Sacris 22. in fin. C. de Proxim. Sacror. Scrin. &c. lib. 12. tit. 19.* ibi: *Et quoniã in controversijs, quas in iudicijs moveri contigerit æqualitatẽ litigatoribus volumus servari; l. Non debet actori, ff. de reg. iur. l. Si id quod, ff. de rescind. vend. l. Non tantum 20. ff. de re iudic. l. fin. C. de Procurat.* Tusch. *concl.* 306. *lit. E.* desestimando el

medio, con que se descubre el merito de las causas, *l. 2. Cod. si per vim, vel alio mod.* ibi: *Quia negotiorum merita partium assertione panduntur*, por lo qual no deve negarse la audiencia à los interessados, *l. In causa la 1. § Causa autem cognita & presentibus adversariis, vel si per contumaciam desinant in integrum restitutiones perpendenda sunt. ff. de min.* Cap. *pen. de postulat. Prelat.* ibi: *Quatenus utraque parte presẽte, quod iustum fuerit decernamus*, y procede igualmente en juizios sumarios, For. 1. *de alim. fol.* 223. ibi: *Procedẽdo simpliciter summariè & de plano, sine strepitu & figura iudicij, sola facti veritate attenta, de eo se informando, in hoc casu duntaxat vocatis, & auditis ad predicta illis, quorum interest.*

75 Y podria dezirse del heredero escrito lo que el Iuris Consulto *in l. 75. de evict.* ibi: *Magis enim propter absentiam victus videtur, quam quod malam causam habuit*, y exclamar con Simach. *lib. 10. ep. 47. Quis unquam sententiam numinis vestri inauditus excepit?* porque en ausencia del principalmente interessado, *non creditur ius ex sententia Iudicis fieri*, como dixo la *l. Qui repudiatis 17 in fine, ff. de inoffic. testam.* y pendiendo de quien prueba mejor su intencion el heredero escrito, ò el que pretende ser de los llamados, hallandose en lo demàs iguales; seria, al parecer, notable, è injusta desigualdad, dexarle al vno el exercicio de su accion, y al otro impossibilitado de introducirse en el juizio, *l. 3. ff. mandat.* ibi: *Namque iniquum est, non esse mihi cum illo actionem, si nolit: illi verò si velit mecum esse.*

76 Y mas incluyendose el Marques con la liber-

tad de los bienes, y siendo el juizio, en que pretende la audiencia, possessorio, sumarissimo, è incidente del sumarissimo possessorio de lite pendente, ò tenuta, en el qual deve, al parecer, obtener el que pretende la libertad, y remitirse la excepcion del vinculo à otro juizio; como en el de possession generalmente prueba el texto *lib.2 feud. tit.26. Si de feudo defuncti contentio sit inter Dominum, & agnatos vasalli*, §. *Inter filiam*; ibi: *Inter filiam defuncti, & agnatos eius, de quodam prædio mota est quæstio; agnatis feudũ, filia verò allodium, sive libellarium esse asserentibus, super possessione, apud quem manere debeat, quærebatur. Responsum est apud filiam possessionem interim esse collocandam*; cuya decision se halla admitida en los mayorazgos, y con ella dize Don Luis de Molina *lib.2. cap.6. num.8. Quia dicenti aliqua bona esse maioratus iuris communis dispositio resistit*, Roxas *de incompat. part.6. cap.1. num.26. vers. Ratio est*, con Graciano, Castillo, y otros que refiere.

Ex quibus apparet, debere hanc partem victricem evadere. Salva Regij Senatus Gravissima Censura, Cæsaraugustæ 7. Martij 1697.

Iosephus Rodrigo, I.C.D.